

## 《論説》

### 出版権小論

東 季 彦

- 一 本稿の目的
- 二 出版権の成立に関する問題
- 三 出版権の存続期間に関する問題
- 四 結 語

#### 一 本稿の目的

私はさきに、「出版権論」を公表したことがあるが、その目的は次の如くであった。我が国の著作権法には、出版権に関する規定を設けてあるが、元来著作権法は明治三十二年に制定されたもので、当時としては相当に整備された法律といふべきであったが、この法の制定後著作権の対象となるべき著作物が著しく増加し、従つてまた著作物の利用方法も、蓄音機・映画・ラジオ・テレビ等の発明によつて飛躍的に変化し且つ進歩したに拘わらず、これに適用す

べき我が著作権法は、僅かに数次の応急対策的改正が行われたに過ぎず、出版権に関する規定もその一つの例である。その後、我が著作権法制定の原因であった「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」は幾度も改正され、他方には「万国著作権条約」が締結され、我が国もこれに加盟したなどの国際的事情の変化があり、これに対応して著作権法の根本的改正が必要となった。

しかして、著作物の利用方法の一つとして、著作物を有形的に複製し、頒布する出版については、わが国は、世界の文化國中、アメリカ及びソヴィエト両国と共に最も隆盛であり、毎年出版される図書数の多いこと、アメリカを第一位とし、日ソ両国はその二位を争っている状況であるに拘わらず、著作権法中に出版契約に関する規定がなく、ただ出版契約と関係のある出版権に関する数ヶ条の規定を有するに過ぎないので、著作権者と出版者との利益を調整するには不十分であり、出版契約に関する特別法として、旧チェコスロヴァキア国にあったように、出版契約法を制定して出版権に関する規定をするか、或は旧ドイツ国にあったように、出版権法を制定して出版契約に関する諸般の規定を為すことの必要が痛感された。それで、私は度々出版契約に関する論述を試みて、特別法の制定の必要を唱えたのであったが、さきの出版権論も同じ目的を以て、著作権法に規定する出版権に関する叙述をしたのであった。

その後、昭和三十七年、文部省の著作権制度審議会に著作権法改正委員会が設けられ、私も委員の一人となり、文芸・学術の著作物に関する著作権部門を審議する小委員会の主査として審議に関与することになった。私はこの委員会において、出版契約法の制定を主張して、賛成を得たが、特別法の制定は他日の課題とすることとなり、従来通り出版権に関する規定のみを著作権法中に設置することとなり、その規定に関する改正が審議された。

著作権法改正委員会の文部大臣に対する答申書は昭和四十二年に成立し、その後この答申書に基づき、文部省・法務省の関係者による委員会が改正法案の作成に当り、そして著作権法案は昭和四十四年四月の第六十二回国会に提出されたが審議未了として継続審議となり、その次の国会に於ては、他の法案の審議に優先され、会期満了によって審議未了となった。何れ近くまた著作権法案が国会に提出され審議の対象となることと思われるが、本稿は、著作権法改正の成否はともあれ、従来から、出版契約及び出版権に関する特別法の制定を主張し来つた者として、出版権に関する二、三の問題を提出し、法学界に於て、著作権に関する関心を惹起し、著作権法に関する研究を盛んならしめ、延いては、近き将来に於て、文化国としての名にふさわしい完璧な著作権法が制定されることを期待するものである。

## 二 出版権の成立に関する問題

出版権は、現行著作権法によれば、「設定行為の定める所に依り、目的たる著作物を原作の儘印刷術其の他の機械的または化学的方法に依り文書または図画として複製し、之を発売頒布する専有権」である(著作権法第二八条の三)。改正法案も同趣旨であるが、「……頒布の目的をもって、目的である著作物を……複製する専有権である」としている(著作権法案第八〇条)。何れの規定によるも、出版権は設定行為によって成立する権利であることは明規されているが、次の諸点が問題である。(一)出版権は、出版契約とは無関係に、その権利の発生を直接の目的とする設定行為だ

けで創設され得るものであるか、出版契約を前提とするものであるか。(二)出版権設定行為は契約であるか、単独行為でも出版権の設定ができるか。(三)出版権設定行為の成立は、意思表示のみにて足るか、他の法律事実を必要とするか、(四)出版権の設定は、著作権の一部譲渡か、著作権の制限か等である。

(1) 出版権の設定行為は、出版契約と無関係に、独立の行為として為され得るか、或は出版契約を前提とするものであるかについては、我が国には、出版契約に関する規定が単行法として、制定されていないのは言うまでもなく、民法の債権編中にも、また著作権法中にも設けられて居らず、ただ、前掲のように、著作権法中に出版権に関する規定を設け、出版権が設定行為の定めるところによる排他的の権利であること、その他出版権に関し数条の定めを為しているに過ぎない。従って、著作権法の解釈上、出版権は出版契約と無関係に設定することを得る権利であるかが問題となるのである。

出版権は、著作権法の規定によれば、一定の著作物を文書または図画として複製し且つ頒布する専有権であること前述の通りである。しかして、著作物は、著作者の精神活動によって、創造された無形の産出物であり、文書または図画は、著作物を他人に覚知させるための表現方法として、作成された著作物の有形的複製に外ならない。著作権は有形物たる文書または図画を保護する権利でなく、無形の産出物たる著作物を保護するものである。従って著作権は物権ではなく、いわゆる無体財産権の一種として、準物権に属する権利である。しかして、出版権は、この著作権に基ずき発生する権利であるから、著作権と同じく準物権である。それであるから、出版権設定行為は、かような権利を創設する行為であるから、準物権行為である。しかるに、出版契約は、当事者の一方が、一定の著作物を相手方に

複製頒布させることを約し、相手方がこれを複製頒布することを約するものであって、債権契約である。債権契約たる出版契約と無関係に、出版権の設定を直接の目的とする準物権行為が為され得るか、出版契約の内容として、または出版契約を前提として、出版権設定行為が為されるものであるか、の問題は、民法上の物権である地上権または永小作権等が、土地所有者と土地の利用の爲め地上権または永小作権を取得しようとする者との間における地上権または永小作権を発生せしめようとする設定行為によって成立し、土地の利用を目的とする使用貸借または賃貸借などの債権契約を以てし、またはかような債権契約を前提することを必要としないことを類推して、出版権もまた著作権法の規定に従い設定行為のみによって発生せしめることを得るのではないかということが問題とすることができる。

地上権または永小作権は物権であり、これを創設するのは、その創設を直接の目的とする物権行為であること、いうまでもないが、かかる行為による外に、かような物権を発生せしめることを目的とする債権契約を締結し、その履行として、地上権または永小作権を設定することもできる。この場合においても、地上権または永小作権を設定する行為は純然たる物権行為であって、その前提となれる債権行為とは、別個の行為である。ただ、地上権または永小作権は前述のように、土地所有者と、地上権または永小作権を取得しようとする者との間の物権行為によって直接に、これを創設することを得るから、間接な債権契約に依らないだけであって、かかる債権契約が無効とは言えない。ことに、土地の賃貸借契約に基ずき、他人の土地上に工作物または竹木を所有する者または他人の土地に於て工作物または牧畜を行う者が、その賃貸借の存続期間中に於て、土地所有者との間の設定契約によりその残存期間地上権または永小作権を取得することもあり得るが、この場合地上権または永小作権の設定によって、賃貸借契約が当然に消滅



するものではなく、地上権または永小作権と抵触しない範囲においては、その効力を存し得るものではなからうか。仮りに賃貸借はその効力を失うとしても、賃借期間中に設定した地上権または永小作権には別段の影響を及ぼすべきではない。

右の民法上の法理を著作権法に應用すれば、出版権は、その設定を目的とする債権契約である出版契約の履行としての、出版権設定行為によって、創設されるのを通常とするも、かような債権行為は常に必要なのでなく、物権が物権行為のみによって創設されるように、出版権も準物権行為のみによって創設され得るのではないかということが、一つの問題である。

著作権法に、出版契約に関する規定がなく出版権に関してのみ規定せる、我が国法上の解釈としては右のようなことが考えられるが、出版契約につき詳細な規定のあるドイツ出版権法上の解釈としては、「独立の出版権は出版契約関係の成立なしには考え得ない」と説明されている (Bappert=Maunz, Verlagsrecht S. 131)。何故かというに、「著作物の引渡によって始めて出版権を成立せしむべき著作者の債務は、出版権の成立に必要な基礎を為すところの債権的な契約関係より生ずるものだからであり、出版権の成立及び効力は、債権的契約関係と不可分であるからである。出版権は、有効な出版契約の存するときのみ成立し、契約関係が終了すれば消滅するのである」(同上)と説かれている。

右のように、ドイツ出版権法上は、出版権は出版契約と無関係に、独立の設定行為のみによって発生するものでなく、必らず出版契約を前提とするものであることが明白である。しかし、出版契約に関する法規のない我国においては問題であること前述の通りであるが、ただ我が国においても、出版契約は實際上多く締結されて居り、著作権者と出版者との間における出版権の設定その他に関する事項は、この出版契約によって定める条項と、出版界における慣習によって規律されている。我が著作権法が出版権に関する規定のみ設けたのは、出版契約の実際に行われていることを認め且つ多くの場合出版契約の約款は、出版者に有利であり、従って著作権者の利益が十分に保護されないから、出版契約の効力を強固にし、著作権者の利益を擁護する為め応急的措施ともいふべき著作権法の一部改正によって、出版権に関する諸規定を設けたものというべく、出版契約と無関係に出版権の設定行為のみが行われ得ることを認めたものと、は断すべきではない。

出版権の設定には、出版契約を前提とするを要することは、著作権法の規定の上からも、これを推知することができる。即ち同法第二八条の二には「著作権者ハ……出版スルコトヲ引受クル者ニ対シ出版権ヲ設定スルコトヲ得」と規定しているが、引受という用語は、我が民法典にはないが、債務の引受は、債権者と債務を負担しようとする者との間の契約によるものであることは、民法学者の通説とするところであり、また、我が商法の規定には、「寄託ノ引受」(商第五〇二)、<sup>(条第五〇二)</sup>「代理ノ引受」(商第五〇三)<sup>(条第五〇三)</sup>という用語があり、これらは、寄託契約及び代理契約と解すべきことは商法学者の通説である(小町谷操三氏「商行為法論」四七頁、大隅健一郎氏「商法」上巻二七頁)。それであるから、「出版ヲ引受クル者」というのは、出版契約を結ぶ者を意味し、出版権は出版契約を前提とすると断することができる。

出版権と出版契約との関係は、以上のように解することを得るけれども、上掲のような問題を提起する必要のなからしめる為めには、出版契約に関する法規を定めることが望ましいことである。何故かというに、出版権の設定に出

版契約が関係のあることは、以上のようにこれを理解することを得るけれども、なお一つ両者の関係につき問題となる点もあるからである。それは、著作権法に出版権の設定行為というのは、出版契約のことをいうのか、即ち出版契約が出版権を直接に発生せしめ得る行為なのか、或は出版契約は債権契約であるに過ぎないから、この契約によって著作権者は出版者に対し、出版権を取得させる義務を負うに過ぎず、この義務の履行として、出版権設定の為め別に準物権行為を為すことによって始めて出版権が発生するものであるか、ということである。

この点については、出版契約につき特別法のない我が国においては、出版権に関しては、著作権者と出版者との間において締結する出版契約の一条項として、出版権の設定につき定めを為すのであるが、その文言は、例えば、「甲は、本著作物につき乙に出版権を設定する」とか、或は「本書の出版権は発行者の専有とす」とか、或は「使用者がこの契約に基づいて、表記の著作物の使用权を独占し、排他的に出版するものとする」とか、出版権を設定する旨の定めをする。そして当事者は、この文言のみで出版権が発生するものと考え、出版権設定についての特別の意思表示その他出版権発生の要件となるべき行為を必要としない。それだから出版契約書を読んだだけでは出版権は何時発生するのか、判然としない。即ち当事者の意思は、出版契約締結の日に出版権が発生するものと為すのか、著作物の原稿または下絵の引渡の時に発生するものと為すのか不明である。しかし、こうした形式の出版契約書に基づいて出版が実行されている実情からすると、我が国の出版契約の慣習上は、出版権は出版契約のみにより且つ契約締結の日に発生するものと認めて居るかのように思われる。しかし、出版権が、出版契約書における前掲のような約款文だけで発生するものと為すことが妥当であるか否かについては、一応検討を要する。

ドイツ出版権法第一条は、「文学または音楽の著作物に関する出版契約により著作権者は出版者に対し出版者の計算において著作物を複製し且つ頒布させる義務を負い出版者はその著作物を複製し且つ頒布する義務を負う」と規定している。この規定の原文に、*das Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung …… zu über-lassen* とあるのを通常「複製し且つ頒布する用に供するため引渡す義務を負う」と訳しているが、*über-lassen* は引渡すという意味もあるが、この場合は引渡すでなく、「させる」という意味である。この法では引渡すことは *abliefern* といっている。なお、この法では、著作物の引渡し義務に関しては別に第十条に *abzuliefern* という語を用いて規定している。この点は、同法第一条の解釈につき学者は、「著作権者が出版者に著作物を複製及び頒布させる義務は、内容上は二重の意味を有する。著作権者は、著作物の複製及び頒布を出版者に許諾しなければならない。しかしして出版者による契約上の著作物の利用を妨げたり侵害したりすることを得ない。しかしながら *Überlassungspflicht* (させる義務) は、更に著作物の引渡し *Ablieferung* によって、出版者にその著作物の複製を可能にする義務を意味す」と説明していることによって明白である (*Bappert-Maunz; Verlagsrecht S. 43*)。出版権法第一条については、他の学者も同趣旨に解釈しているが (*Hoffmann; Verlagsrecht. S. 27*) 中には、その一例を示したに過ぎない。次に同法第八条には、「著者は、第二条乃至第七条の規定によって、複製及び頒布をやめ且つそれらの行為を出版者に許諾する義務を負う範囲において、契約に別段の定めなき限り、出版者に複製及び頒布を為す排他的権利 (*出版権 - Verlagsrecht*) を取得させなければならない」と規定し、そして第九条には、「出版権は、著作物を出版者に引渡すと同時に発生し、契約関係の終了と同時に消滅する (第一項)。出版権の保護のため必要なる限度において、出版者は



著作者並びに第三者に対して、著作権の保護のため法律によって規定されている機能を行使することができる（第二項）」と規定している。ドイツ出版権法の第一条と、第八条と第九条とを合せて検討すれば、出版契約と出版権との関係及び出版権の発生の時期などを明かにすることができる。即ち第一条は著作者と出版者との間における義務、即ち一定の著作物の複製及び頒布を為さしめる著作者の義務と、自己の計算においてその著作物の複製及び頒布を為す出版者の義務とを規定したものであり、第八条は著作権者の出版者に対する出版権設定の義務を規定したものであり、第九条は出版権の発生、消滅の時期及び出版権の保護に関する出版者の権能に関し規定したものである。ただ第八条の義務を履行する為めの出版権設定の意思表示が第一条の債権的義務を負担する合意の外に別途になされなければならないということが疑問である。しかし出版権の発生が、第一条の規定する出版に関する合意のみによるのではなく、著作物の引渡という別途の積極的行為を為すことが規定されているから、この物権的な行為が第一条及び第八条に規定する著作者の義務履行の為めのものということが出来る。こうした観点から、ドイツ出版権法によれば、出版契約と出版権の発生との関係が必ずしも明々白々とはいえない乍らも、これを推知することができる。しかし、我が国の出版契約の約款のみで、著作権法に定める出版権が当然に発生するものと見るのは無理である。法律に規定のないところの、いわゆる無名契約たる出版契約の一約款によって、排他的効力を有する権利を設定し得ると為すことに問題がある。それだから、出版契約と出版権との関係ことに準物権たる出版権の設定行為を規制する特別法を制定することの必要が、当然考えられることと思う。

(2) 出版権設定行為は、契約であるか、単独行為によっても出版権が設定され得るかも、一つの問題である。

我が著作権法の規定によれば、前述したように、「著作権者ハ其ノ著作物ヲ文書又ハ図画トシテ出版スルコトヲ引受クル者ニ対シ出版権ヲ設定スルコトヲ得」（著<sup>第二八</sup>条ノ三）<sup>（条ノ三）</sup>と言つて居り、また、出版権者の権利に関しては、「出版権者ハ設定行為ノ定ムルトコロニ依リ云々」と規定して居るが（著<sup>第二八</sup>条ノ三）<sup>（条ノ三）</sup>、これらの規定からしては、設定行為が契約であるのか、どうかは明白でない。この点につき学者は、或は、「出版権は、出版者との間の出版引受契約によって設定せられるもの」（勝本博士「日本著作権法」一五二頁）<sup>（勝本博士「日本著作権法」一五二頁）</sup>となし、或は、「設定行為は契約によりなされるが原著著作物の引渡は必ずしも設定行為の効力発生要件とは考えられないから合意が成立したときに出版権設定の効力が発生するものと解する」（穂積氏「解条」<sup>（穂積氏「解条」三二一頁）</sup>）となし、或は、「この設定行為の性質については議論もあり得るが、一般の用例により、わが国では、合意の存在を予定し得るであろう」（山本桂一氏「著作權法」二一九頁）<sup>（山本桂一氏「著作權法」二一九頁）</sup>となし、また或は、「出版権の設定は、著作権者と出版者との間の契約をもつてなすを普通とし、……その他遺言をもつて出版権の設定をなすこともできる」（城戸芳彦博士「著作権法」二四〇頁）<sup>（城戸芳彦博士「著作権法」二四〇頁）</sup>となっている。

以上によって見るに、通説は出版権設定行為を契約と見ている。私も契約説に従い、「単独行為によって出版権を設定することを得ない」（「出版権論」日本大学創立七〇周年記念論文集一四頁）と解して居たが今これを改めて、単独行為たる遺言によつても、これを設定することを得るものと解する。既に述べたように、出版権は出版契約を前提とするもので、出版契約なしには、出版権設定行為をなし得ないと考えるが、出版権の設定は著作者と出版者との合意なしにも、これを為し得るものと解するのは次の理由によるのである。元来出版契約は、必ずしも常に、著作者と出版者との間においてのみ締結せらるべきものでなく、著作権の既に消滅した著作物についてもこれを締結することを得るものであるのみならず、著作者が出版契約を締結する場合でも、常に出版権を設定することを必要とするものでない。学者に

よつては、「出版契約には、出版許諾契約と出版権設定契約とが含まれる」(半田正夫氏「出版の法理」北海道大学法学論集一八卷一五二頁)となすのである。私はこの二種の外に、著作権の既に消滅した著作物例えば古い時代の出版物の印本を所有する者が、出版者との間に出版契約を結んで、これを世に弘布することもあり得ると思う。こうした場合に出版をさせる者が出版者のために出版権を設定することを得ないのは当然であるが、著作権を有し、従つて出版権を設定することを得る著作者が、出版権を設定しないで出版契約を締結し、その契約の存続期間中に、出版権を設定する旨の遺言をなして死亡した場合に、その著作者の相続人は、出版契約上の権利義務を承継するを得ること勿論であるが、他方において出版者は著作者の遺言の効力により、新たに出版権を取得することを得るものというべきであらう。ただ、しかし、出版契約も成立して居ないのに、著作権者が出版を為す者に対し、遺言によつて出版権を設定する旨の意思表示をなし、その者が死亡しても、受遺者が出版権を取得することを得るとは、解し得ない。

(3) 出版権設定行為は、それが契約の場合、著作権者と出版者との間の合意のみによつて、出版権を創設することを得るか、合意以外に特別の行為を必要とするか即ち出版権設定契約は諾成契約か、要物契約であるかも問題である。この点は、我が著作権法の出版権に関する規定によつては、何らこれを知ることを得ない。これを我が国において行われている出版契約の實際に徴すると、合意のみで出版権が成立するものと為しているようであり、学者も前掲のように、或は合意のみによるとなし(穂氏前掲)「何ら形式を必要としない」(城戸博士前掲)と解しているところからすれば、出版権設定契約は、諾成契約と解されている訳であるが、この点出版契約に関する法の制定によつて、著作物の引渡という形式を採るを要すと為すことを妥当と思う。

出版権設定契約が諾成契約に過ぎないと解するとき、二重の出版権設定契約が行われる弊が生ずる。尤も要物契約としても、二通の原稿を有する場合には、著作権者による二重の出版権設定が行われることもあり得るし、そうした場合には、出版権の登録の前後によつて、何れの出版権が優先するかを決定することを得るが、出版権設定契約を著作物の引渡によつて成立することにすれば、右に述べたような二重設定の弊をすくなくとも制限することが出来ると考えられる。

出版権の設定は合意のみにて足ることから、出版契約締結の實際の場合に、未だ作成されてない著作物につき出版権を設定する旨の条項を定めることがあり得る。出版契約は債権契約であり、諾成契約であるから、将来作成すべき著作物につき、これを締結するを得ることは言うまでもない。しかし、出版権の設定は、将来作成すべき著作物につきこれを為すことを得ない。何故かというに、出版権は著作権に基き設定することを得る権利であり、著作権は著作物が創作されて始めて発生する権利であるからである。著作物が作成されなければ、著作権は発生しないし、著作権が成立しないのに、出版権だけ、これを発生せしめることを得べきでない。将来の著作物については、こうした理由で出版権を設定することを得ないのであり、若し将来の著作物につき出版権を設定しても無効である(城戸博士前掲)。しかるに、出版権は、著作物の引渡のような要物性が必要でなく設定されるものとする、将来作成すべき著作物につき出版権を設定し得るものと解せられる虞れがあつて当を得ない。

(4) 出版権の成立についての、著作権と出版権との間には、どういう関係があるかについて、問題となる点は、出版権は著作権の一部譲渡か、著作権を制限する新らしい権利の創設かである。



出版権が著作権と関係のある権利であることは、著作権法の規定に、出版権は「著作権者がこれを設定することを得」(著<sup>第二八条</sup>第二項)と規定してあることによって明らかである。それだから、著作者であっても、その著作権を放棄し、または他人に譲渡して、現に著作権を有しなければ、出版権を設定することを得ない訳である。それだから、独逸の学者は、出版権を著作権から伝来する権利 *abgeleitetes Recht* といっている。しかして、出版権が著作権から伝来するという意味は、学者によって異なった意味に解され、或は出版権は著作権の一部譲渡であるとなし、或は著作権の上の負担で著作権に対する制限であるとなすのである。

著作権の一部譲渡説によると、著作権者は、著作権の内容として、著作物の複製及び頒布を為すの権能を有するのであるが、出版者との出版契約によって、出版者に出版権を取得させる義務のある場合には、右の機能を譲渡するものであると為すのである。(Alfeld, Verlagsrecht, S. 5u. 6; Voigtländer u. Fuchs, Gesetze betreffen Urheber u. Verlagsrecht, S. 76; Wächter, das Verlagsrecht mit Einschluss der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck nach geltenden deutschen und internationalen Rechtes systematisch dargestellt, Erste Hälfte 1897, S.183 u. 243) それ故にこの説を採る者は、出版権の設定は、著作権の内容の一部の割去(*Ausschnitt*)であると為すのである。その根拠としては、ドイツ著作権法第八条第三項に、「著作権を制限し又は制限しないで他人に譲渡することを得」とする規定を挙げ、出版権の設定は、著作権の制限せる譲渡即ち著作権の内容の中、著作物の複製及び頒布の権能を譲渡するものと為すのである。この説に依ると、著作権の内容を為す諸権能の一部が著作権から分離して、出版権となるものであって、著作権者はこれにより、その権能の一部を喪失するのである。それ故に、この説を採用すると出版

権が消滅しても著作権は、その内容を回復することなく、著作権の内容は、譲渡した部分だけ空虚となってしまうものといわなければならない。

負担説によると、出版権は著作権に基づき創設された別個の新たな権利であると為すのである (Bappert=Maunz, Verlagsrecht 1952 S.132; Birkmeyer, Die Kodifikation des Verlagsrechts, S.18; Blass, Das Begründung des Verlagsrechts, S. 18; Hoffmann, Das Gesetz über das Verlagsrecht mit Erläuterungen 1925. S. 11; Kunstmann, Die Übertragbarkeit der Verlegerrechte S.10)。この説によると、出版権の取得は、いわゆる伝来的設定的権利取得 *Derivativ-Konstitutiver Rechtserwerb* である。この説は、著作権と出版権との関係を所有権と地上権其の他の制限物権との関係と同様に見るのである。即ち出版権は著作権の内容の一部が分離したものでなく、著作権の内容の一部を為す複製及び頒布を為す権能を内容とする新しい権利であり、著作権の上の負担または制限であると為すのである。この説を採る者は、出版権の設定は、著作権の一部譲渡でないことを説明するにつき著作権の弾力性(*Elastizitäts*)を根拠とする (Kunstmann, a. a. O)。即ち負担となっている出版権が消滅すれば、特別の復帰または移転の行為を為すまでもなく、著作権はその制限された状態を脱して、当然原状に復すること、恰かも所有権に基づき地上権其の他の制限物権が設定された場合に、所有権の内容は制限せられるが、この制限物権が消滅すると、所有権の内容は制限のない状態に当然に復帰するものとなし、この事を所有権の弾力性と称すると同様の見解である。

我が著作権法にも、著作権の全部または一部の譲渡を認めるから(著<sup>第二</sup>条)出版権の設定は著作権の一部の譲渡ではないかと考えられないこともないが、その様に観るときは、出版契約が終了した場合においても、出版者がその譲受けた



権能を著作権者に返還しなければ、著作権の内容は旧状に復することができないし、また出版権が出版権者の放棄または著作権者の請求によって消滅しても、著作権の内容は旧状に復しない訳で、著作権の内容の一部空虚となるという不都合な結果となる。それでは、著作権の保護をも目的とする出版権の制度が、著作権者に取って不利益をもたらすことにもなるから、一部譲渡説は採るべきでない。

### 三 出版権の存続期間に関する問題

以上は出版権の成立に關しての問題であるが、出版権の成立と關係のある出版権の存続期間は、設定行為によって任意にこれを定むることを得るので、ただ著作権の存続期間を超えて、これを定め得ないことは、言うまでもない。ここに問題となるのは、著作権の存続期間の範圍において、一定の存続期間を定めて、出版権を設定したのに、その存続期間が未だ満了しない時に、著作権者が死亡し、相続人が不存在のため著作権が消滅した場合に、その出版権は当然消滅するかである。出版権は、著作権に基づき設定される権利であるから、その基礎とする著作権が消滅すれば、当然消滅すと解するを妥当とするようであるが、出版権の設定当時は、著作権者が死亡する場合のことは考えず、仮りに死亡しても死後法定の期間（現行では三十八年）、著作権は存続すべきであるから、その予定の下に出版権の存続期間が定められ、出版者は著作物の出版を引受けたのに、著作権者も出版者も予期しない事実によって著作権が消滅し、それに伴ない出版権が当然消滅するときは、出版者は不慮の損害を被むることになる訳であり、出版者

を保護するため定めた出版権の存続期間が、何の意味も無くなることは不当とも考えられる。それだから、学者は、「かかる出版者の予期せざる事由によって出版権が消滅するとすれば出版者の地位はかなり不安定なものとなるから、著作権の存否とは無關係になお独自に存続しうる権利と解さなければならぬ」（半田氏前掲五六頁、なお、阿部知二氏「出版契約」契約法大系Ⅵ九七頁以下）として居る。出版者保護の見地からすれば、こうした解釈は当を得たこととも言えよう。また他面において、出版権の設定をもって、著作権の一部の譲渡と解すれば、出版権は独立の権利として存在するものだから、出版権は、その定められた存続期間が、設定当時有効な期間であれば、著作権の消滅に影響されることなく、所定の期間内は消滅するものでないと解することも出来よう。

しかし、また他方から考えれば、著作権の消滅した著作物は公有に帰し、何人でも自由にこれを出版し得るものであり、しかして出版が自由であれば、一般大衆にとっては廉価な複製物（出版物）を入手し得ることになる。出版権を専有する出版者の利益と、他の出版し得る者及び一般大衆の利益とを比較衡量すれば、純理を曲げてまで、出版権者を保護すべきかは疑わしい。もとより、こうした場合の出版者の不慮の損失は同情すべきであるが、元来出版業は、当り外れの多く利益のみ望み得る企業ではないから、かような不慮の損失も已むを得ない事とも考えらる。なおまた出版権の設定を著作権の一部の譲渡と解すれば前述のように解せられるが、通説のように著作権の制限または負担と解すれば、本権が消滅すれば、その上の権利も当然消滅すると解する外ない。

出版権の存続期間につき、他の一つの問題は、現行の著作権法によると、「出版権は存続期間の定めのないときは設定のありたるときより三年を経過すれば消滅す」（著二八）と規定してあるが、改正法案によれば、「その設定後最初

の出版があった日から三年を経過した日において消滅する」(第三項)となっている。出版権設定の時が何時であるかは、前に述べたように、必ずしも明確でない。この点、ドイツ出版権法のように、原稿引渡の時と明規してあれば疑いないが、我が国の出版契約では疑わしい。この点において、改正法案は、「最初の出版の日」とあるから、三年という期間の起算点が、現行法の規定よりも明確である。ただ、出版権の設定は著作権者の意思によって早くも遅くもなるが、一旦出版権を設定した以上、その日は後日出版者がこれを動かすことを得ないに拘わらず、出版の日は、出版者の意思または他の事実によって動かされる。それだから、最初の出版が早い、遅いによって、これを基準とする出版権消滅の時が早くも遅くもなる。それだから、例えば、出版者が、甲、乙二人の著作権者から、同時に、各々の著作物につき出版権を取得し、何れも出版権存続期間の定めをしていなかったとすれば、甲と乙との著作物の最初の出版が同日になされない限り、同日に発生した出版権の消滅日が異なるという結果になる。この点現行法のように、出版権設定の時を基準とすれば、そういう結果は生じない。現行法の規定は、著作権者に有利である。

## 四 結 語

以上は、出版権に関する若干の問題点を例示したに過ぎないが、出版権に関しては、なお多くの問題点があり得るし、殊に出版権と密接な関係を有する出版契約に関しては、これを現在のように当事者間の任意の定めによって、出版契約の内容即ち著作者と出版者との間の権利義務に関する約款を定め得ることとするを可とすべきか、或は特別の

法律に依って規整するを可とすべきかについては、現時における出版契約の実状ことに出版契約書を検討するに、契約の解釈上問題となる点が多く、また出版者に有利で、著作者に不利益な約款を定めて居るものが多いように思われる。殊に例えば、出版契約には、無償のものがあり、有償の場合でも報酬(印税)の支払時期を、著作物の出版後一定の期間例えば二ヶ月とか三ヶ月とか定めているが、これは、出版者には甚だしく有利な約款であるが、著作者にとつては不利益である。何となれば、著作者は相当の期間を費やし作成した著作物に対する報酬を早く得ることを期待するものであるから、著作物と引換に報酬の支払を受けるのを相当と考えている、然るにこの約款により当然二ヶ月または三ヶ月の支払猶予を受けることになるからである。素より出版者は、一定の出版物の販売代金はその出版物の引渡と同時にこれを受取ることを通常とするものでなく、我国の出版物の販売方法は、販売取扱機関を通じてこれを行うものであるから、代金の入手は二、三ヶ月の後であることを通常とする。しかし、出版業者は多くの出版物を販売することを業とするものであって、一定の著作物に対する報酬は、その著作物の複製物の販売代金の中よりこれを支払うものでなく、その企業による収入金からこれを支払うものであるのに、しかも尚当該著作物の複製物の販売代金によって支払うことになるような支払猶予期間を定めるのは、不合理といふべきである。

著作物に対する報酬の支払につき立法側に徴するに、西ドイツ出版権法は、旧ドイツ出版権を多少改正してこれを採用しているが、その第二三条第一項に、「報酬は著作物の引渡しの際に支払わなければならない」と規定して居り、イタリア著作権法は出版契約に関する規定を設けてあるが、その第一二六条には、「発行者は、次に掲げることにつき義務を負う。(1)原作に忠実にかつ、良き出版慣行の原則に従って、著作者の氏名を附して、又は契約で定めあ



る場合には無名又は変名著作物として、著作物を複製し、かつ、市販すること、(2) 著作者に約定の報酬を支払うこと」と規定して居る。何れも、著作者に有利に定めてあるが、こうしたことは、特別の法規を設けて規制して居るものなのであって、契約当事者間において、任意にこれを約定し得るものとすれば、西ドイツでも、イタリアでも、恐らく経済力の優位な出版者に有利な約款を定むることになるに相違ない。

以上の一例を以てしても、私は出版契約に関する特別法の制定を可とすることを立証し得るものと信ずる。更に時機を得て出版契約法制定の必要につき詳論しようと考えて居るが、この小論は、その片鱗を示したものに過ぎない。

最後に附記することを要するのは、出版には種々の形体があり、(一) 著作者が自己の計算において著作物を自から出版するもの(自費出版)(二) 著作者が自己の計算において、著作物の出版を出版者に委嘱するもの(委託出版)、(三) 著作者と出版者とが共同に費用を支出して、出版者をして著作物を出版させるもの(共同出版―組合契約)(四) 著作者が出版権を設定しまたは設定しないで、著作物を、対価を得て出版者に複製且つ発買頒布をさせることを約し、出版者が自己の計算において、右著作物の複製且つ発買頒布することを約するもの(出版契約)(五) 出版者が著作権または著作物の原稿を譲受けて出版するもの(著作権の譲渡または原稿の買取り、この場合には出版者は著作者に対し出版の義務を負わない)などである。私が特別法を制定して規制することを必要とするのは、この中(四)に掲げる出版関係を言うものである。